

A INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

HUMBERTO EUSTÁQUIO SOARES MARTINS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Estabelecia Ihering que “a vida do Direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos. Todo o Direito do mundo foi assim conquistado, todo ordenamento jurídico que se lhe contrapôs teve de ser eliminado e todo Direito, assim como o direito de um povo ou o de um indivíduo, teve de ser conquistado com luta”.

Em meio a essa “luta” descrita por Ihering em sua célebre obra, está o Poder Judiciário.

Tal fato chama-me a atenção, como magistrado, para minha atribuição no duro ofício de julgar. É argumento irrefutável que toda e qualquer decisão gera uma conseqüência enorme na vida da pessoa, ou mesmo de um grupo social, ou ainda do próprio Estado.

Daí a importância de se refletir sobre este tema. Primeiro, porque o Judiciário, como um dos poderes estatais, deve primar pela coesão social; segundo, porque, neste papel, é o instrumento da transformação social; terceiro, porque, como se verá, também a própria sociedade é capaz de influenciar nas decisões judiciais.

Em uma primeira análise, basta verificar que o Poder Judiciário, ao interpretar uma norma constitucional, declarando ou não a constitucionalidade das leis, alça vôo no campo das preferências políticas tomadas pelos representantes eleitos.

Daí se falar na chamada judicialização do político, que é uma via de mão dupla, por também trazer à tona a questão da politização do Judiciário. Discute-se, assim, um novo - e necessário — papel do Judiciário, não apenas sob a ótica das transformações inter-sociais que o

afeta, como também das mudanças institucionais que geraram novos padrões de relação entre as instituições sociais e governamentais, a aumentar a influência política do Poder Judiciário nas sociedades modernas.

Esse fator, que, a bem da verdade, teve início com o *judicial review* de origem inglesa, e aplicado nos Estados Unidos da América como prerrogativa do Poder Judiciário para controle de constitucionalidade de leis, nasceu a partir de uma interpretação da Constituição de 1787 (*Marbury versus Madison*, 1803).¹

É bom lembrar, ainda, que o Judiciário hodiernamente não traz em si apenas o papel de revisão dos atos legislativos criadores da norma, uma vez que existe crescente — e preocupante — discurso acerca da possibilidade de o magistrado criar a norma no caso concreto, rejeitando a ordem posta quando esta não está legitimada.

Para a análise dessa importante questão, auxilio-me do mestre Lyra Filho que, em “Para um Direito sem Dogmas”, lembra o caso estudado pelo criminalista chileno Eduardo Novoa Monreal. Ali está registrado que o criminalista empenhou-se nas reformas legislativas do governo Allende e terminou escrevendo, no exílio, livro intitulado “O Direito como Obstáculo à Mudança Social”. Referido criminalista - de renome internacional -, que antes firmava uma visão positivista do direito, o qual o limita a veículo de controle social, acabou por alargar bastante seu questionamento, trazendo dúvida sobre sua própria visão.

Confira-se: “nós juristas, estamos acostumados a contemplar o direito como algo, pelo menos, relativamente perfeito e acabado. Os temas que expusemos oferecem, contudo, vasta margem para reflexões (...) Não admitimos, muitas vezes, as reprovações penais que só

¹ CUNHA MELO, Manuel Palácios. (2002), *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da política Notas sobre um Itinerário Difícil*, in L. Werneck Vianna (org.). *A Democracia e os Três poderes no Brasil*, Belo horizonte/Rio de Janeiro, Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ

exprimem os interesses de grupos egoístas? (...) Muitos dos que têm, de fato, o poder de impor normas aos demais não praticam ações muito mais prejudiciais do que as legalmente tipificadas, mas que não foram incluídas na lei penal, apenas porque a ele não convém?" ²

Transcrevo este excerto apenas para demonstrar que, em meio a tudo isso, está a atuação do Poder Judiciário, que recebe vazões de toda a sociedade para decidir sobre questões que podem impulsionar, diante da interpretação da lei, fatores de transformações sociais.

Diante disso, é importante ter em mente que não se pode transformar o Judiciário em um mero "clube jacobino", alheio aos interesses das mais vastas gamas sociais e ciente apenas dos interesses dos abastados grupos econômicos ou políticos.

Do contrário, estaríamos, a todo o momento, legitimando as mesmas respostas "rococós" a perguntas e anseios modernos, que sempre batem às portas do Judiciário pelas mãos dos combativos advogados. Daí, como exemplo, pode-se tirar as pretensões de casais homossexuais para o direito de adoção, ou ainda, reconhecimento de entidade familiar diante da união homoafetiva.

Também, neste desiderato, está a discussão da aplicação de um garantismo penal capaz de afastar toda e qualquer pena que seja minimamente desumana, tendente, assim, a eliminar todo o sistema carcerário brasileiro, ou também a própria aplicação direta da Constituição Federal nas relações privadas (eficácia direta da Constituição nas relações privadas).

Não trazer esta preocupação para o debate seria firmar compromisso apenas com a retórica ou com o estruturalismo reinante. Retórica essa, aliás, duramente criticada pelo próprio Lyra Filho, que não

² LYRA FILHO, Roberto, *Para um Direito sem Dogmas*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1980. p. 34.

aceitava o simples logicismo analítico, no qual qualquer coisa serviria para o jurista legitimar seu discurso, desde que fosse dada ênfase na obediência civil e no estruturalismo.”³

Como se vê, é mais do que necessário estar o magistrado atento às percepções das lutas sociais. Aliás, quanto a estas, é preciso tê-las como reais — como a concretude da libertação humana. Do contrário, estaríamos fadados ao discurso das percepções puramente abstratas, gnosiológicas, epistemológicas e ontológicas, discutindo apenas problemas “metajurídicos” sem perceber que, a nosso lado, pessoas morrem de fome; e a multidão, tal qual recebeu Mersault⁴ para o cumprimento da sua pena de morte, nos recebe “com gritos de ódio”!

Também na cortante crítica de J. J. Calmon de Passos, em seu “Direito, Poder, Justiça e Processo - Julgando os que nos Julgam”⁵, tem-se que “quem não é cidadão em face de quem o julga carece de cidadania em termos absolutos. Infelizmente, nós, brasileiros, assim nos sentimos diante de nossos magistrados, vítimas também eles, de um sistema que primou por dizer-se democrático e institucionalizar-se de modo excludente e autoritário.”

As vazões sociais rendem sempre a última esperança no Judiciário, que deve atuar de forma firme e convincente em prol da formação de uma sociedade cada vez mais livre e igualitária, sem nunca perder de vista que, possivelmente, descortina-se um novo papel do magistrado, em face da instância especializada em interpretar normas e dizer sobre sua legalidade e aplicação, diante das controvérsias a que é chamado a resolver.

Nesta toada, avizinha-se ainda imperioso o papel do consenso como fonte criadora da paz e da coesão social. Daí o importante trabalho

³ ob. Cit. p. 27.

⁴ Personagem de ALBERT CAMUS em L'étranger.

⁵ Forense, 1999. p. 117.

daqueles Titãs magistrais que, apesar de toda a deficiência de recursos por que passam os órgãos brasileiros, rendem homenagens à própria cidadania na mais lúdica tentativa de conciliação. Também nos Tribunais Superiores, onde alguns magistrados, a todo momento, mesmo diante do imenso e infindável trabalho existente, arrancam tempo para meditar sobre novas técnicas de pacificação social, aplicando-as, quando antevêm possibilidade exitosa, rendendo as homenagens de todos os confins da sociedade.

Mas não é só. Faz-se imperioso lembrar que o Judiciário, verdadeiramente, é instrumento da sociedade, que sempre em nós confiou a resolução de seus conflitos de interesses. Nossa batalha, por assim dizer, é a batalha da própria sociedade, que tem a faculdade de forçar, legitimamente, as transformações que almejam, vindicando provimentos judiciais. Lembra-se disso, como em alguns momentos, o próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, tão bem estudado por CANOTILHO em seus célebres trabalhos sobre o Direito Constitucional.

Mister alinhar, ainda, as palavras do festejado Mestre J. J. Calmon de Passos, na obra citada: "Impossível democracia sem a existência de uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável. Esquecermo-nos disto e não profiarmos por que este objetivo seja alcançado será pormos em risco nosso futuro como Nação em que vivam homens livres, cidadãos. A ameaça à cidadania vem do poder não submetido a efetivos controles sociais, e isso não diz respeito apenas ao Executivo, à Administração Pública, mas a todas as funções do Estado e aos que as desempenham, incluídos, portanto, o legislador e julgador."⁶

Por fim, é necessário depositarmos fé no Poder Judiciário, como também mais do que necessário depositar todas as esperanças em

⁶Idem. Ibidem.

nossa sociedade. Somente assim, com as mãos entrelaçadas, conseguiremos ser fonte criadora da pacificação social tão almejada em “Utopia”, ou seja, em nosso grandioso Brasil.